
A FAMÍLIA NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Luciana Martins de Faro

SUMÁRIO : 1- Introdução; 2- Tutela Constitucional; 3-Casamento; 4- Impedimentos; 5- União de homossexuais; 6 – Conclusão.

1 - INTRODUÇÃO

O Código Civil de 1916, editado numa época com estreita visão da entidade família, limitando-a ao grupo originário do casamento, impedindo sua dissolução, distinguindo seus membros e apondo qualificações desabonadoras às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessa relação, já deu a sua contribuição, era preciso inovar o ordenamento. Assim, reuniu-se grupo de jurista a fim de “ preservar, sempre que possível”¹, a lei do início do século, modificando-a para atender aos novos tempos.

A obra de Clóvis Beviláqua foi, é importante observar, alterada pelo legislador, nos seus mais de 80 anos de vigência, atendendo as exigências do tempo, por leis que deram significativa melhora para a figura e posição da mulher casada (Lei 4.121/62), instituiu o divórcio (Emenda nº 09/77 e Lei 6.515/77), culminando a Constituição da República do Brasil, promulgada em 1988 que trouxe inovações com relação à conceituação e à proteção jurídica da família, imprimindo mudanças nas relações íntimas, com a evolução dos costumes mas, ainda assim, era preciso incluir num só diploma todas as matérias pertinentes a vida privada.

Apesar das alterações já implantadas, foi preciso uma renovação mais substancial das relações familiares e acelerou-se o Projeto do Novo Código Civil de 1975, que teve como principais modificações, a fim de adaptar a ordem jurídica civil ao conteúdo da Constituição de 1988, a igualdade entre os cônjuges e filhos, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, incluindo no bojo do Código temas constantes de legislação especial, tais como o registro do casamento religioso, a união estável, o divórcio, a separação, reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, entre outros.

No entanto, não trouxe o novo Código normatização suficiente para resolver todas as questões relativas às novas formas de filiação “que exigem uma análise da bioética no campo do Direito”², assim tratou da fertilização homóloga e da heteróloga, deixando de apreciar a fertilização *in vitro* e tema em crescente desenvolvimento como o da clonagem humana, noticiada pelos cientistas italianos como certa para o ano 2003³.

2 – TUTELA CONSTITUCIONAL DO CASAMENTO

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Ao não incluir no *caput* art. 226 da CF a locução “constituída pelo casamento”, inovou o constituinte de 88, dando tutela constitucional a família de qualquer tipo, entendendo uma parte da doutrina que como a cláusula de exclusão desapareceu não há de subsistir tipos determinados, encontrados nos parágrafos do referido dispositivo constitucional e outra parte da doutrina sendo pela superação da tese do *numerus clausus*, eis que os parágrafos do art. 226 não encerram todas as possibilidades de constituição de relações familiares.

Fica ainda mais claro que a melhor interpretação é a da segunda tese da doutrina, quando se vê no § 4º do art. 226 da CF o termo – também -. Assim, na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, esse parágrafo contém cláusula geral de inclusão, significando o “também” a inclusão daquele tipo de família, sem exclusão de outros⁴.

Desta forma, no entender do insigne professor, “os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.”⁵

A proteção constitucional da família não deve ser entendida como simplesmente à família, mas ao local onde as relações baseadas no valor da afetividade se desenvolvem, criando ambiente indispensável para a realização da pessoa humana, sobrelevando o princípio também constitucionalmente garantido o da dignidade da pessoa humana

3 – CASAMENTO: NOVO CONCEITO. FAMÍLIA. IDADE NÚBIL. DEVERES.

O tema casamento no novo Código Civil sofreu inovações, acompanhando a evolução dos costumes de uma sociedade que teve ao longo dos anos de vigência do Código de 1916 mudado sua feição, com o ingresso da mulher no mercado de trabalho e a conseqüente participação desta nas decisões do casal e com a quebra do mito da indissolubilidade do matrimônio, entre outros.

O casamento hoje não tem o mesmo conceito patriarcal, reconhece-se hodiernamente a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, igualdade material, já reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência de há muito, quando dizia que o sistema que rege as relações entre os cônjuges é o de co-gestão, ou seja, é de responsabilidade de ambos a tomada de decisões, devendo o juiz solucionar as divergências.

Os dispositivos do novo diploma civil, apreendendo as lições vivenciadas durante a vigência do código de 1916 tratam o casamento de forma mais democrática, quando dispõem:

Art. 1511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Art. 1565. Pelo casamento homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

Art.1567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Ao lado do modelo tradicional de família, “como condição indispensável para gerar filhos”⁶, o da união oficial e legitimada pelo casamento, protege e normatiza a nova Lei Civil a união estável entre homem e mulher, já reconhecida pela jurisprudência e depois pelo legislador com a previsão na Carta de 1988 e a edição das Leis nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994 e 9.278 de 10 de maio de 1996 estabelecendo, inclusive, aquela lei, o juízo da Vara de Família como competente para dirimir os conflitos. Deixa de incluir, no entanto, a família monoparental, constituída por qualquer dos descendentes e seus filhos.

A idade núbil foi unificada em 16 anos para ambos os sexos, o que

mais uma vez revela a igualdade entres os cônjuges como norte do constituinte de 88 e direção sempre a perseguir do intérprete do Direito.

4 – IMPEDIMENTOS

Veiculou-se na imprensa que o novo Código Civil retirava do ordenamento jurídico o adultério, o que não é verdade, e nem seria possível, matéria afeta ao Direito Penal fosse tratada num diploma cível, restando esta interpretação apenas para os leigos em ciências jurídicas. O que na realidade ocorreu foi a sua não inclusão como impedimento dirimente público, que faz parte do rol do art. 183, inciso VII do Código de 16. Assim, com a entrada em vigor da nova lei o cônjuge adúltero e, por tal condenado, aquele que violar o dever de fidelidade do casamento, poderá se casar com o seu co-réu.

No que se refere aos impedimentos impedientes o novo Código Civil passou a chamá-los de causas suspensivas da celebração do casamento e os dirimentes privados passaram a ser causa de anulabilidade.

Ao lado das já existentes causas de anulabilidade do casamento foi acrescida a revogação do mandato, sem conhecimento do mandatário ou do outro contraente, não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges.

Rompe-se a cultura machista já execrada pela jurisprudência e socialmente ridicularizada, em admitir a possibilidade de anular o casamento por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, por defloramento da mulher com desconhecimento do cônjuge enganado.

Foi acrescido aos três deveres dos cônjuges, já discriminados no Código de 16, o de respeito e consideração mútuos.

5 - União de Homossexuais. Entidade familiar à luz da CF?

É certo que a união homossexual não poderá convolar em casamento, em virtude do conceito legal de união entre homem e mulher. No entanto, é justo que se afaste o caráter de relação familiar das sociedades afetivas formadas por pessoas do mesmo sexo?

É tese ainda pouco aceita entre os tribunais a união homossexual como família, apesar dos doutrinadores se dividirem sobre a possibilidade de novos tipos de família, número bem menos significativo entende que a união entre pessoas do mesmo sexo não dá ensejo a formação de entidade familiar.

Essa minoria fundamenta seu entendimento uma porque é impossível dessa união gerar filhos e duas porque se o casamento só existe entre

peças de sexos diversos como seria possível que essa união não oficializada viesse a ter proteção do Estado, enquanto família, quando o próprio Estado tutela a conversão em casamento ?

São argumentos falhos eis que não é pela impossibilidade de gerar filhos que não se protege a família, pois para o Direito, além da procriação não ser a única finalidade da família sendo, inclusive, institucionalizada a adoção, independentemente do estado civil, ainda são protegidas as famílias formadas por homens e/ou mulheres que não possam, por razões diversas, gerar filhos.

E, também, não é porque o casamento oficial só pode se dar entre indivíduos de sexos diferentes que não se vai reconhecer uma realidade, qual seja, a formação de união homossexual, construída com base nos requisitos da afetividade, estabilidade e ostentabilidade⁷.

É inegável o valor “afetividade” da convivência em qualquer tipo de união entre pessoas, construída com o amor entre seus participantes, com vínculos tão fortes quanto os de uma relação entre indivíduos de sexos diversos.

Ademais, excluir da proteção constitucional a união homossexual é discriminatório, pois a opção sexual diferente da maioria não implica em excluir as garantias constitucionais.

6 – CONCLUSÃO

Restou em parte atendida a incumbência dos autores do novo Código Civil. É certo que avanços existem, principalmente no âmbito das relações entre os cônjuges. Inobstante, falta muito para a lei civil realmente proteger todas as formas de relações familiares.

Viola os princípios da dignidade da pessoa humana e o da igualdade e não discriminação qualquer interpretação que restrinja o conceito de família. A Constituição protege a família e não um tipo específico. Não há de ser excluída da tutela qualquer forma de relação familiar, eis que o texto da Constituição-Cidadã em nenhum momento assim fez.

O que deve prevalecer como único requisito para constituição da família é o laço de afetividade entre seus membros, não importando quaisquer outras circunstâncias, sendo essa tão somente a interpretação que se deve dar aos princípios e normas estabelecidos na Constituição de 1988

¹ Exposição de Motivos do Novo Código Civil

² OLIVEIRA, Euclides de, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito de Família e o Novo Código Civil*, Editora Delrey, Belo Horizonte, 2001.

³ Notícia divulgada no *Jornal Nacional* do dia 26/11/02.

⁴ BARROS, Sérgio Resende. *Ideologia da Família e Vacatio Legis*, *Revista Brasileira de Direito de Família* nº 11, Editora Síntese, 2001.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Entidades Familiares Constitucionalizadas : Para Além do *Numerus Clausus*”, *Revista Brasileira de Direito de Família* nº 12, 2002.

⁶ BARROS, Sérgio Resende Barros. “Ideologia da Família e Vacatio Legis”. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 11, Editora Síntese. p. 9.

⁷ As legislações infraconstitucionais estrangeiras que têm regulado as uniões homossexuais referem a “ relação duradoura de afeição mútua”, como enuncia a Lei de União do Estado de Vermont, Estados Unidos, de abril de 2000. Cf. Walter Wadlinton e Raymond C. O'brien (org.), *Family Law Satutes, Internacional Conventionsand Uniformlaw*, New York, Foundation Press, 2000.